

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/77674>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Bezetting en hervorming, of: hoe het internationale recht in zijn staart bijt

Derk Venema*

1 *Ius in bello derogat iuri ad bellum?*

Twijfels over de rechtmatigheid en de rechtvaardigheid van de Irak-oorlog en de deelname eraan hebben vele juristen en politici hoofdbrekens bezorgd. Als een oorlog eenmaal begonnen is, geldt echter van oudsher het *ius in bello* (humanitair oorlogsrecht) voor alle partijen gelijkelijk, ongeacht de rechtmatigheid of de rechtvaardigheid van de oorlog volgens het *ius ad bellum* (het recht om een oorlog te voeren).¹ Daar zijn goede redenen voor. Als de rechten en plichten van de oorlogvoerenden af zouden hangen van de vraag of hun deelname aan de oorlog gerechtvaardigd is, zou elke deelnemer zijn gebondenheid aan het *ius in bello* minimaal achten, omdat hij zijn eigen deelname doorgaans als volkomen gerechtvaardigd ziet. Dat zou de bescherming die het humanitaire oorlogsrecht burgers beoogt te bieden niet ten goede komen.

De irrelevantie van het *ius ad bellum* voor het *ius in bello* wordt problematisch wanneer het doel van een oorlog algemeen wordt goedgekeurd, maar niet te realiseren valt zonder overtreding van het *ius in bello*

Deze scherpe scheiding tussen *ius ad bellum* en *ius in bello* werd al aangenomen bij het sluiten van de Haagse Vredesverdragen van 1907,² werd in de internationale rechtspraak naar aanleiding van de Tweede Wereldoorlog nog eens benadrukt,³

Artikel 1 luidt: 'The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances.' In artikel 2 staat o.a. dat het verdrag van toepassing is op 'all cases of partial or total occupation', ook wanneer er geen oorlog aan te pas is gekomen [mijn cursivering]. Zie bijvoorbeeld: www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/380?OpenDocument.

is in de Vierde Conventie van Genève (1949) expliciet gecodificeerd (zie kader), en is ook recentelijk door het Internationale Gerechtshof bevestigd.⁴

De onverenigbaarheid van democratisering door een bezetter met het geldende oorlogsrecht zit hem hierin, dat het bezettingsrecht ingrijpende wijzigingen in de wetgeving of het politieke bestel van een bezet gebied categorisch verbiedt

De irrelevantie van het *ius ad bellum* voor het *ius in bello* wordt echter problematisch wanneer het doel van een oorlog algemeen wordt goedgekeurd (bijvoorbeeld door de Verenigde Naties), maar niet te realiseren valt zonder overtreding van het *ius in bello*. Dit is het geval bij zogenaamde *transformatieve* bezettingen (*transformative occupations*), dat wil zeggen bezettingen die bedoeld zijn om een ingrijpende politieke omwenteling te bewerkstelligen. Wanneer alle landen een democratiserende bezetting goedkeuren (op de verdreven regering van het

* Derk Venema is onderzoeker rechtsfilosofie aan de Nijmeegse rechtenfaculteit. Ik dank hierbij Sebastiaan Garvelink voor zijn waardevolle opmerkingen. (Alle aangehaalde websites zijn gecontroleerd op 20 april 2009)

1 Bijvoorbeeld: Yoram Dinstein, *The Law of Belligerent Occupation*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 2-3 (nr. 5-6), 35 (nr. 78); Gregory H. Fox, 'The Occupation of Iraq', *Georgetown Journal of International Law* 2005, p. 195-297 (zie ook Gregory H. Fox, *Humanitarian Occupation*, Cambridge: Cambridge University Press 2008, Chapter 7).

2 Cf. J.C.C. den Beer Poortugael, *Oorlogs- en neutraliteitsrecht op den grondslag van de Conferentie van Genève in 1906 en de twee Haagsche Vredes-Conferentiën*, Den Haag: Gebroeders Van Cleef 1907, p. 51-52.

3 In de zaak tegen Duitse verdachten van het (laten) doodschieten van gijzelaars in diverse bezette gebieden tijdens de Tweede Wereldoorlog, de 'Hostages Case': United States Military Tribunal, Nuremberg, 8 juli 1947-19 februari 1948, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, London: Her Majesty's Stationary Office 1949, p. 59, en in de zaak tegen de Duitse generaal Christiansen: Bijzonder Gerechtshof Arnhem, 25 augustus 1948, *Na-Oorlogse Rechtspraak (NOR)* 1948, 1309j, p. 573. Zie Dinstein 2009, p. 3 (nr.6).

4 ICJ 19 december 2005 (116), *Armed Activities Case (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgement, §173: Met betrekking tot de gelding van het bezettingsrecht overweegt het hof, dat 'any justification given by Uganda for its occupation would be of no relevance'. Zie: www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf. Zie ook Adam Roberts, 'Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights', in: *American Journal of International Law* (100) 2006, p. 581 en Dinstein 2009, p. 43 (nr. 97).

bezette land na), wat is er dan tegen om het verbod op ingrijpen in de staatsinstellingen terzijde te schuiven en dus de goedwillende bezetter meer regelgevende bevoegdheden toe te kennen? Voorbeelden hiervan zijn de geallieerde bezetting van Duitsland aan het eind van de Tweede Wereldoorlog, de VN-bezetting van Kosovo⁵ en de Amerikaanse bezetting van Irak. De onverenigbaarheid van democratisering door een bezetter met het geldende oorlogsrecht zit hem hierin, dat het bezettingsrecht – dat een onderdeel is van het *ius in bello* en dus *niet* van het *ius post bellum* – ingrijpende wijzigingen in de wetgeving of het politieke bestel van een bezet gebied categorisch verbiedt.⁶

Deze tegenstrijdigheid komt pregnant tot uitdrukking in Resolutie 1483 van de VN-Veiligheidsraad waarin tegelijkertijd de democratiserende ambities van de Coalition Provisional Authority (CPA) worden ondersteund (onder 4) en de bezettende machten wordt gewezen op hun gebondenheid aan het Haagse en Geneefse humanitair recht (onder 5).⁷

Om de achtergrond en de problemen van het bezettingsrecht in verband met gewelddadige democratisering duidelijk te maken, zal ik eerst, in het tweede gedeelte, de werking van het bezettingsrecht in een anti-democratische bezetting behandelen, namelijk die van Nederland door Nazi-Duitsland tijdens de Tweede Wereldoorlog (1940-1945). Vervolgens ga ik in het derde en vierde deel nader in op de werking van het bezettingsrecht ten aanzien van de democratiserende bezettingen van Duitsland na 1945 en Irak vanaf 2003.⁸ Uit de vergelijking tussen deze drie bezettingen zal blijken hoe moeilijk het is om een *juridisch* onderscheid te maken tussen 'kwaadaardige' en 'goedaardige' bezettingen. De beantwoording van de vraag wat een 'goedaardige' of 'democratiserende' bezetter wel en niet mag, lijkt een schier onontwarbare kluwen op te leveren van humanitair recht (verdragsrecht en internationaal gewoonterecht), mensenrechten (waaronder het recht op zelfbeschikking), en ad hoc bevoegdheden (resoluties van de Veiligheidsraad). Het vijfde deel van deze bijdrage bestaat uit een poging tot partiële ontwarring van die kluwen en het laatste gedeelte behelst een filosofische duiding van de betekenis van recht in dit soort uitzonderlijke omstandigheden.

2 De Duitse bezetting van Nederland

Het Haagse Landoorlogreglement 1907 (LOR) is onderdeel van het Landoorlogverdrag, het eerste verdrag waarin bijna alle landen ter wereld afspraken maakten over de behandeling en bescherming van de burgerbevolking tijdens een oorlog. Het geldt nog steeds, als verdrag en als gewoonterecht. Artikel 43 LOR luidt:

'Wanneer het gezag van de wettelijke overheid feitelijk is overgegaan in de handen van degene, die het gebied bezet heeft, neemt deze alle maatregelen, die in zijn vermogen staan, ten einde voor zover mogelijk de openbare orde en het openbaar leven te herstellen en te verzekeren en zulks, behoudens volstreekte verhindering, met eerbiediging van de in het land geldende wetten.'⁹

Het criterium van 'volstreekte verhindering' wordt standaard geïnterpreteerd als strijdigheid met de 'militaire belangen' van de bezetter (naast de grammaticale betekenis van 'verhindering om zonder regelgevend ingrijpen de orde te bewaren').¹⁰ De tekst van artikel 43 LOR is bijna letterlijk overgenomen uit de Verklaring van Brussel van 1874,¹¹ en bleek na de Eerste Wereldoorlog van twee reeds achterhaalde vooronderstellingen uit te gaan. In 1907 hield men er geen rekening mee dat bezettingen langer dan enkele maanden zouden kunnen duren en gingen de grotere landen ervan uit dat ze zich, als potentiële bezetters, te goeder trouw aan de voorschriften van het Landoorlogreglement zouden houden. Maar slechts zeven jaar later begonnen bezettingen die jaren zouden duren, zeer ingrijpend zouden zijn voor de betreffende burgerbevolkingen en waarbij de bezetter zich veelal niet hield aan het LOR.

Met name de Duitse bezetting van België (1914-1918) bracht de gevolgen aan het licht van een langdurige bezetting waarin de bezetter zich niet aan zijn verplichtingen houdt

Met name de Duitse bezetting van België (1914-1918) bracht de gevolgen aan het licht van een langdurige bezetting waarin de bezetter zich niet aan zijn verplichtingen houdt: Duitsland bleek grote belangen te hebben bij het reguleren van de samenleving in het bezette gebied en de criteria

5 Ook voor VN-bezettingen geldt het internationale oorlogsrecht, hoewel de VN geen partij is bij de Haagse of Geneefse verdragen van humanitair oorlogsrecht. Tobias H. Irmscher, 'The legal framework for activities of the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo: the Charter, human rights, and the law of occupation', in: *German yearbook of international law*, Berlin: Duncker & Humblot 2001, p. 375-387.

6 Bijvoorbeeld: Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford: Oxford University Press, 2nd ed. 2008, p. 286-290 (nr. 544-548).

7 S/RES/1483 (2003) van 22 mei 2003. Raadpleegbaar via: www.un.org/Docs/sc/unsc_resolutions03.html.

8 De periode van bezetting en de toepasselijkheid van het bezettingsrecht vallen niet geheel samen, vandaar dat er niet altijd één einddatum gegeven kan worden. Zie art. 6 en 47 Vierde Conventie van Genève (CG IV) en Adam Roberts, 'The End Of Occupation: Iraq 2004', in: *The International and Comparative Law Quarterly*, (54) 2005-1, p. 27-48.

9 Het Haagse Landoorlogverdrag van 1907 is een van de verdragen die gesloten zijn op de tweede Haagse vredesconferentie van 1907, *Sib.* 1910, 73. Zie www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/195?OpenDocument.

10 L. Oppenheim & H. Lauterpacht, *International Law, A Treatise*, Vol. II: *Disputes, War and Neutrality*, London: Longmans, Green & Co, 5e druk 1935, §172, p. 356-357.

11 A. Eyffinger, *The 1899 Hague peace conference, 'The parliament of man, the federation of the world'*, Den Haag: Kluwer 1999, p. 299-300.

van artikel 43 LOR bleken een te grote interpretatieruimte te bieden voor bezetters om nagenoeg alle gewenste maatregelen op te vatten als noodzakelijk voor instandhouding van de openbare orde of het openbare leven of noodzakelijk voor de bescherming van militaire belangen.¹² Aan de vooravond van de volgende wereldoorlog was door de opkomst van de verzorgingsstaat de bemoeienis van overheden met het openbare leven aanzienlijk toegenomen ten opzichte van de periode waarin artikel 43 LOR tot stand gekomen was. Het LOR was toch vooral een 'set of agreements that regulated the relations between warring elites, with the governments of the warring states being the main parties'.¹³ En het zoveel mogelijk handhaven van de *status quo ante* was destijds een tegemoetkoming aan de soevereiniteitsrechten van de *overheid* van de verslagen staat, terwijl de nadruk steeds meer verschoof naar de rechten van de *burgers* van een (bezette) staat. Halverwege de twintigste eeuw zou een bezetter tijdens een langdurige bezetting dus waarschijnlijk veel meer zaken nader moeten reguleren dan in 1907 was voorzien. Toch was de regelgeving na de Eerste Wereldoorlog niet herzien, omdat men de in 1919 opgerichte Volkenbond niet voor de voeten wilde lopen.¹⁴ Er was een Tweede Wereldoorlog voor nodig om uitgebreide nieuwe regelingen en nieuwe instanties in het leven te roepen teneinde het oorlogs- en bezettingsrecht bij de tijd te brengen.

Er was een Tweede Wereldoorlog voor nodig om uitgebreide nieuwe regelingen en nieuwe instanties in het leven te roepen teneinde het oorlogs- en bezettingsrecht bij de tijd te brengen

Aanvankelijk leek het niet helemaal fout te gaan: tijdens de eerste jaren van de bezetting van Nederland benadrukte het Duitse regime keer op keer dat het zichzelf als bezettende macht in de zin van het volkenrecht beschouwde en zich gebonden achtte aan het LOR. De verordeningen waarmee het Duitse civiele bezettingsapparaat werd ingesteld bewijzen lippendienst aan het zojuist geciteerde artikel, en veel Nederlandse ambtenaren en juristen waren hoopvol over de samenwerking en vol vertrouwen over het respect van

de Duitsers voor het bezettingsrecht.¹⁵ De discussie over de precieze betekenis van het criterium 'behoudens volstreekte verhindering' en zijn grenzen werd in Nederland vooral gevoerd naar aanleiding van het zogenaamde Toetsingsarrest van de Hoge Raad van 12 januari 1942 (*NJ* 1942, 271). Daarin betoogde de requirant dat hij ten onrechte veroordeeld was omdat de speciale economische strafrechter die zijn zaak behandelde was ingesteld door de bezetter, die daarmee zijn regelgevende bevoegdheid te buiten was gegaan. De strafkamer van de Hoge Raad werd dus gevraagd om een oordeel over de vraag of het instellen van economische strafrechtspraak wel echt noodzakelijk was geweest om de openbare orde en het openbaar leven te kunnen herstellen en te verzekeren (of om het bezettingsapparaat te beschermen). De Hoge Raad onthield zich echter van een dergelijk oordeel omdat hij van mening was dat de Nederlandse rechter de verordeningen van de bezetter überhaupt niet mocht toetsen aan het LOR.¹⁶

Net als bij de bezetting van België een kwart eeuw eerder interpreteerde de Duitse bezetter het Landoorlogreglement ruim, of ontkende simpelweg de gelding van het LOR

Dat is jammer, onder andere omdat we nu niet weten hoe de Hoge Raad de criteria van artikel 43 LOR zou hebben geïnterpreteerd. Maar het geeft al wel een eerste probleem van dit verdragsartikel aan. Het motief van de strafkamer om zich de bevoegdheid tot toetsing, die hij wel degelijk had,¹⁷ te ontszeggen was namelijk bezorgdheid om de reactie van de bezetter. Die zou wel eens raadsheren kunnen gaan ontslaan uit woede over het feit dat de Hoge Raad zich de bevoegdheid had aangemeten om de bezetter op de vingers te tikken. En als dat gebeurde, dan stond de rechtspleging in zijn geheel op het spel: zouden andere rechters nog met goed fatsoen kunnen aanblijven wanneer de hoogste rechters om hun uitspraken afgezet waren, en eventueel vervangen zouden zijn door col-laborateurs of Duitsers?¹⁸

Hier toont zich het toenmalige gebrek aan een onafhankelijke instantie die de verordeningen van een bezetter kon toetsen. Net als

12 Eyal Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton: Princeton University Press 2004, p. 32-48.

13 Peter Stirk, 'Carl Schmitt, the Law of Occupation, and the Iraq War', in: *Constellations* (11) 2004-4, p. 531.

14 Benvenisti 2004, p. 10-11, 26-31; Derk Venema, *Rechters in oorlogstijd. De confrontatie van de Nederlandse rechterlijke macht met nationaal-socialisme en bezetting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, §3.2.1 en 3.2.2.

15 Venema 2007, §3.2.1 en 3.2.2, p. 182-184, 216-217, 290, 372; Peter Romijn, *Burgemeesters in oorlogstijd. Besturen onder Duitse bezetting*, Balans: Amsterdam 2006, Hoofdstuk 5 en p. 142, 311, 318.

16 Zie hierover Venema 2007, §3.3, en voor documenten en teksten omtrent de toetsingskwestie en het Toetsingsarrest zie: Derk Venema, Leny de Groot-van Leeuwen & Thomas Mertens (red.), *Onder de huidige omstandigheden, De Hoge Raad en het Toetsingsarrest 1942*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

17 Venema 2007, §3.3.4.

18 Venema 2007, §3.4.2.

19 Rudolf Kroiss, 'Die Verwaltung des Reichskommissars', in: *Reich – Volksordnung – Lebensraum (R-V-L)* (II) 1942, p. 48.

20 Herbert Schneider, 'Staatsrechtliche Entwicklung und Verwaltungsgesetzgebung Norwegens seit dem 9. April 1940', in: *R-V-L* (II) 1942, p. 391, resp. Werner Best, 'Die deutsche Militärverwaltung in Frankreich', in: *R-V-L* (I) 1941, p. 36-38, 42.

21 Benvenisti 2004, p. 80.

22 Arthur Seyss-Inquart, 'Die politische Aufgabe des Reichskommissars', in: *R-V-L* (II) 1942, p. 10.

23 Opmerking van generaal Friedrich Christiansen, bevelhebber van het Duitse leger in Nederland. De Jong, *Het Koninkrijk der Nederlanden in de Tweede Wereldoorlog*, Den Haag/Leiden: Nijhoff 1969-1994, deel 4, p. 121. SS Hauptsturmführer Aus der Fünften antwoordde op de opmerking van David Cohen, voorzitter van de Joodse Raad, dat het wegvoeren van joden om in Duitse kampen te werken in strijd was met het volkenrecht: 'Wir bestimmen das Völkerrecht'. Jacques Presser, *Ondergang. De vervolging en verdelging van het Nederlandse jodendom*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1965, deel 1, p. 247.

24 *Trial of German Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany*, London: His Majesty's Stationery Office, 1946-1951, Vol. 16, p. 5, 108-109; Vol. 19, p. 71-75, ook beschikbaar op http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/intm.asp.

24 Ernst Fraenkel, *Der Doppelstaat*, Hamburg: Europäische Verlagsanstalt 2e druk 2001 (orig.: *The Dual State* 1940).

26 Venema 2007, p. 288-289; *Enquêtecommissie regeringsbeleid 1940-1945: verslag houdende de uitkomsten van het onderzoek*, deel 7c: Verhoren, Den Haag: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1955: verhoor J.J. Schrieke, p. 617.

27 Zie voor dit verschijnsel: V. Grosswald Curran, 'Formalism and Anti-Formalism in French and German Judicial Methodology', in: C. Joerges e.a. (red.), *Dark legacies of law in Europe, The shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford: Hart 2003, p. 205-228.

bij de bezetting van België een kwart eeuw eerder interpreteerde de Duitse bezetter het Landoorlogreglement ruim, of ontkende simpelweg de gelding van het LOR voor de bezetting van Nederland. Een ruime interpretatie werd bijvoorbeeld toegepast door Rudolf Kroiß, persoonlijk referent van Rijkscommissaris Arthur Seyss-Inquart: de transformatie van Nederland tot nationaal-socialistische staat zou binnen het criterium van artikel 43 LOR vallen, aangezien het hier 'met de oorlogvoering samenhangende maatregelen' betreft die noodzakelijk zijn om het doel van de oorlog te bereiken, terwijl de wetten van het land worden geëerbiedigd.¹⁹ Blijkbaar hanteert Kroiß hier een minder strenge interpretatie van 'eerbiedigen' en 'militaire noodzaak' dan de meeste niet-Duitse juristen destijds. Andere Duitse juristen draaien er wat minder omheen en schrijven dat het gewoonweg contradictoir is dat maatregelen die in het belang van de bevolking worden genomen ooit in strijd zouden kunnen zijn met het LOR, of dat alle maatregelen die de Duitse bezetter nodig acht, per definitie in overeenstemming zijn met het LOR.²⁰ Het tegenovergestelde kwam ook voor: de Britse bezetter van Tripolitania (Libië) weigerde, met een beroep op het LOR, het lokale bestuur te hervormen ondanks dringende verzoeken van de bevolking.²¹

De Britse bezetter van Tripolitania (Libië) weigerde, met een beroep op het LOR, het lokale bestuur te hervormen ondanks dringende verzoeken van de bevolking

Maar de Duitsers zelf voelden het LOR wel degelijk als knellend, getuige enkele uitspraken van Seyss-Inquart. Hoewel hij in zijn eerste verordeningen en toespraken in Nederland weliswaar de gelding van het Landoorlogreglement lijkt te erkennen, schrijft hij in hetzelfde Duitse tijdschrift als zijn referent Kroiß dat het bijzondere karakter van de oorlog en de bezetting verdergaande verantwoordelijkheden en bevoegdheden meebrengt dan in het LOR zijn gecodificeerd: het gaat immers om een totale oorlog, die de uitdrukking is 'des Ringens um die geistigen Grundlagen des menschlichen Lebens auf diesem Kontinent', en bovendien een opdracht van de Führer behelst.²² De Duitse legerleiding verwoordde het minder

bloemrijk: 'Völkerrecht ist etwas, das gibt es nur in der Zeitung'.²³ In zijn verklaring voor het Neurenbergtribunaal lifte Seyss-Inquart mee op de kritiek die er in de voorgaande decennia op het LOR was geuit: hij achtte het LOR niet van toepassing op een moderne oorlog waarin de burgerbevolking een even belangrijke rol speelt als het leger, nota bene onder verwijzing naar het Toetsingsarrest.²⁴ Het is een verschijnsel dat zich ook in Nazi-Duitsland zelf voordeed: enerzijds wordt het overheidshandelen zorgvuldig gebaseerd op juridische grondslagen, anderzijds wordt er op allerlei manieren buitenwettelijk ingegrepen zonder enige poging om dat juridisch te rechtvaardigen. Ernst Fraenkel noemde dit in zijn beroemde analyse een 'Doppelstaat', die bestaat uit een *Normenstaat* en een *Maßnahmenstaat*.²⁵ Zo was in Nederland iemand als commissaris-generaal voor Bestuur en Justitie Friedrich Wimmer wel ontvankelijk voor volkenrechtelijke argumenten, terwijl Hanns Albin Rauter, commissaris-generaal voor Veiligheid alsmede *Höherer SS- und Polizeiführer*, niet veel op had met het volkenrecht, en alleen soms kon worden overgehaald met een beroep op Duitse of nazistische belangen.²⁶

Pas bij een echt onafhankelijke toetsing door een orgaan dat de macht heeft om de naleving van zijn oordeel ook af te dwingen, zal de norm daadwerkelijk als beperking van de bevoegdheden van bezetters kunnen werken

In termen van de oppositie tussen rechtspositivisme en natuurrecht kan de omgang van de Duitsers met artikel 43 LOR als volgt gekarakteriseerd worden: wanneer de gewenste maatregelen niet via interpretatie binnen de grenzen van het LOR gehouden konden worden, dan kon men terugvallen op de morele rechtvaardiging voor de oorlog en de bezetting, die het positieve recht opzij zette, of op louter machtsuitoefening. En omgekeerd: wanneer men toegaf dat het morele *ius ad bellum*-argument de gelding van het LOR niet opzij zette, dan kon het positieve recht zo worden geïnterpreteerd dat het gewenste beleid erdoor gedekt werd.²⁷ Als alleen de bezetter zelf bevoegd is tot interpretatie van de norm van artikel 43 LOR, dan zal hij haar

in zijn voordeel uitleggen, en alle gewenste maatregelen onder 'absolute verhouding' laten vallen, zodat er van enige restrictieve werking geen sprake meer is: '[i]f an occupant is entitled to act whenever his interests require interference, his power becomes absolute'.²⁸ En als een orgaan dat zich onder het gezag van de bezetter bevindt tot toepassing bevoegd is, dan zal dat orgaan ofwel zijn uitleg aanpassen aan het belang van de bezetter (of, zoals de Hoge Raad, die bevoegdheid ontkennen), ofwel, bij doorkruising van dat belang, door de bezetter opzijgezet worden. Pas bij een echt onafhankelijke toetsing door een orgaan dat de macht heeft om de naleving van zijn oordeel ook af te dwingen, zal de norm daadwerkelijk als beperking van de bevoegdheden van bezetters kunnen werken.

3 De geallieerde bezetting van Duitsland

Direct na de ondergang van het Derde Rijk bleken de geallieerde bezetters van Duitsland vergelijkbare strategieën aan te wenden om de restricties van het LOR te ontlopen. Het bestaande bezettingsrecht zou namelijk ten eerste niet geschreven zijn voor deze bijzondere situatie²⁹ (dat zei Seyss-Inquart ook), ten tweede zou het toch mogelijk zijn alle gewenste maatregelen met het criterium 'absolute verhouding' te verzoenen (dat probeerden de Duitsers ook), en ten derde zou de bezetting met de totale verovering van Duitsland al meteen afgelopen zijn. Om met die laatste strategie te beginnen: een oorlog of bezetting – en daarmee de relevantie van het *ius in bello* – kan volgens een oude doctrine niet alleen ten einde gaan wanneer er een vredesverdrag is gesloten tussen de oorlogvoerenden maar ook bij *debellatio*: de totale vernietiging of onderwerping van de vijandelijke staat. In dat laatste geval kunnen de overwinnaars van oudsher vrij bepalen om het gebied te annexeren of anderszins over het toekomstige bestuur beslissen.³⁰ (Overigens konden de Duitse bezetters dit argument ten aanzien van Nederland niet gebruiken, omdat de oorlog nog niet afgelopen was en er nog een wettige soevereine regering in ballingschap bestond.) Van geallieerde zijde werd in eerste instantie dan ook betoogd dat het LOR wegens *debellatio* niet van toepassing was, en dat de geallieerde overheersers de nieuwe overheid vormden van het voormalige Duitse Rijk dat door de onvoorwaardelijke overgave opgehouden had te bestaan, een theorie die mede werd vormgegeven door rechtsfilosoof en volkenrechtsdeskundige Hans Kelsen.³¹ Dit viel echter niet vol te houden, aangezien de

Duitse bevolking dan verstoken zou blijven van de bescherming van het LOR – en mensenrechten bestonden toen nog niet in juridische vorm. Uiteindelijk, mede door het pleit van Duitse juristen, erkenden de geallieerden de gelding van het LOR door de situatie 'in juridische zin' als bezetting te beschouwen, daarbij in het midden latend of het nu 'echt' een bezetting was.³² Een andere reden tegen het geallieerde gebruik van het *debellatio*-argument was dat het niet strookt met het criminaliseren van de annexatie van Polen in het Neurenbergtribunaal: die zou dan immers ook volkenrechtelijk geaccepteerd moeten worden.³³

De eerste strategie, 'voor dit uitzonderingsgeval is het LOR niet bedoeld', verloor hiermee ook zijn zin, maar de tweede, 'alles wat we doen valt onder artikel 43 LOR te verantwoordwoorden', bleef bruikbaar om toch maximale beleidsvrijheid te legitimeren.³⁴ Daardoor konden onder andere wetten worden afgeschaft die niet zozeer handhaving van de openbare orde en het openbare leven op zich in de weg zaten, maar die wegens hun morele onaanvaardbaarheid een goede ordening verhinderden, zoals de Neurenberger rassenwetten.³⁵

De behoefte aan meer duidelijkheid omtrent het internationale bezettingsrecht was groot

De behoefte aan meer duidelijkheid omtrent het internationale bezettingsrecht was kortom groot. Er werd dan ook veel verwacht van enkele belangrijke volkenrechtelijke initiatieven. In 1949 werd in de Vierde Conventie van Genève (CG IV) onder andere artikel 43 LOR als geldend recht gehandhaafd (art. 154 CG IV) en aangevuld in sectie III, vooral vanaf artikel 54 CG IV. Er werd uitgebreider ingegaan op de taken van een bezetter ten aanzien van het openbare leven, zoals het zorgen voor adequate voedseldistributie en medische voorzieningen (art. 55-56 CG IV), en op de grenzen van zijn regelgevende bevoegdheden, vooral ten aanzien van strafrecht en strafprocesrecht (art. 64-77 CG IV). Hoewel de focus in de Geneefse Conventie verschoven was van de belangen van overheden naar de rechten van de burgers, en meer ingrijpen door bezetters ten behoeve van de bevolking mogelijk maakte, werd dit verdrag niet als erg vernieuwend gezien. Rechters bleven in zaken omtrent de regelgevende bevoegdheid van bezetters vooral naar het LOR verwijzen.³⁶

28 Ernst Fraenkel, *Military Occupation and the Rule of Law, Occupation Government in the Rhineland, 1918-1923*, New York: Oxford University Press 1944, p. 197.

29 Benvenisti 2004, p. 91.

30 Destijds was het recht op zelfbeschikking van volkeren nog niet algemeen erkend; thans gecodificeerd in art. 1 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten (IVBPR), gesloten in 1966, in werking getreden in 1976.

31 Benvenisti 2004, p. 91-92; Frank Zentz, *Das amerikanische Strafverfahren als Element der Besatzungspolitik in Deutschland. Erziehung zur Demokratie durch den Court of Appeals 1948-1955*, Frankfurt am Main: Peter Lang 2005, p. 34. Hans Kelsen, 'The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin', in: *American Journal of International Law* (39) 1945, p. 518.

32 Zentz 2005, p. 34-37; Benvenisti 2004, p. 94-96.

33 Fox 2005, p. 292. David J. Scheffer, 'Beyond occupation law', *American journal of international law* (97) 2003-4, p. 848.

34 Cf. Zentz 2005, p. 71, 156, 158.

35 Benvenisti 2004, p. 15 en aldaar noot 31, p. 91-92 noot 135. Zie ook Roberts 2006, p. 587.

36 Benvenisti 2004, p. 106. De formulering van art. 64 CG IV werkt ook niet mee en wekt de indruk alleen over het uitvaardigen van *strafrechtelijke* regels te gaan. Fleck 2008, p. 286 (nr. 544).

Een belangrijk probleem van de materie die artikel 64 CG IV nader beoogt te regelen, is het onderscheid tussen de 'goede' wijzigingen die een 'goedwillende' bezetter in het recht en het staatsbestel van een ondemocratische, onderdrukkende staat wil aanbrengen, en de 'slechte', ondemocratische wijzigingen die een 'onwelwillende' bezetter wil doorvoeren. Dat onderscheid wordt dan ook niet gemaakt: ook dit verdrag staat nog neutraal tegenover de aard van het conflict en de politieke identiteit van de partijen erbij. Dit maakte het makkelijker voor alle partijen om ermee in te stemmen. De keerzijde ervan is echter dat er geen duidelijke rechtsgrond is om ingrepen die de grenzen van artikel 43 LOR en artikel 64 CG IV te buiten gaan goed te keuren op grond van hun democratiserend gehalte. De poging van de VS om bij de opstelling van artikel 64 CG IV bezetters een blanco bevoegdheid tot het wijzigen van wetten te verlenen, zou het maken van een onderscheid naar democratisch gehalte verder hebben bemoeilijkt.³⁷

De veronderstelling dat de VN zelf geen 'bezetter' kon zijn, kwam tot uitdrukking in het feit dat geen enkele resolutie met betrekking tot de bezettingen van Bosnië en Herzegovina, Kosovo, Oost-Timor en Afghanistan humanitair oorlogsrecht van toepassing verklaart

In een aantal democratiserende of 'state-building' bezettingen onder VN-vlag leek dit probleem omzeild te kunnen worden door aan te nemen dat internationale organisaties geen partij zijn bij de Haagse of Geneefse Conventies en daar dus ook niet aan gebonden kunnen zijn. De veronderstelling dat de VN zelf ook geen 'bezetter' kon zijn, kwam tot uitdrukking in het feit dat geen enkele resolutie met betrekking tot de bezettingen van Bosnië en Herzegovina, Kosovo, Oost-Timor en Afghanistan humanitair oorlogsrecht van toepassing verklaart.³⁸ De Veiligheidsraad van de VN heeft zich in zijn dwingende instructies onder Hoofdstuk VII van het Handvest slechts laten leiden door de mensenrechtenverdragen en -verklaringen die in de loop der tijd zijn verschenen. Men heeft er blijkbaar niet bij stilgestaan dat de VN-troepenmachten grote

overeenkomsten vertonen met individuele staten die als bezetter optreden, en daarom wel eens aan het internationale bezettingsrecht als internationaal gewoonterecht gebonden zouden kunnen zijn.³⁹ De problemen omtrent interpretatie en toepasselijkheid die tijdens de Tweede Wereldoorlog speelden zijn dus in de daarop volgende periode niet verholpen, en er zijn nieuwe bijgekomen.

De geschiedenis herhaalt zich nooit exact, maar er zijn opvallende overeenkomsten in de omgang met het internationale bezettingsrecht tussen de Duitse bezetting van Nederland, de geallieerde bezetting van Duitsland en de door Amerika geleide bezetting van Irak

4 De Amerikaans-Britse bezetting van Irak

De geschiedenis herhaalt zich nooit exact, maar er zijn opvallende overeenkomsten in de omgang met het internationale bezettingsrecht tussen de Duitse bezetting van Nederland, de geallieerde bezetting van Duitsland en de door Amerika geleide bezetting van Irak. De eerste twee argumentatieve strategieën van weleer klonken door in officiële verklaringen aan het begin van het militaire ingrijpen in Irak: 'we zijn geen bezetters, maar bevrijders' respectievelijk: 'we houden ons aan het bezettingsrecht, want alles wat we doen is "noodzakelijk"'. Ingevolge artikel 6 en 47 CG IV is *debellatio*, het derde argument van 1945, definitief niet meer relevant voor de toepasselijkheid van bezettingsrecht. Een nieuw argument is echter: 'voor zover we niet voldoen aan de criteria van het internationale bezettingsrecht, zijn we gedekt door het mandaat van de Veiligheidsraad'.

De Amerikaanse overheid vertrouwde de pers in 2002 al toe dat 'even if the United States military were to take over the administration of Iraq after an invasion, it would be as a liberation force, not an occupation force'.⁴⁰ Ook tijdens de verovering van Iraaks grondgebied werd om politieke redenen volgehouden dat 'US forces [are] "liberating forces" rather than occupying forces'.⁴¹ Nadat het gehele grondgebied bezet is, komt stap voor

37 Roberts 2006, p. 588.

38 Scheffer 2003, p. 852 en aldaar noot 48. Scheffer was de eerste 'Ambassador-at-Large for War Crimes Issues', een van de hoogste diplomatieke functies in de VS.

39 Voor een pleidooi voor dit standpunt zie: Steven R. Ratner, 'Foreign Occupation and International Territorial Administration: The Challenges of Convergence', *European Journal of International Law* (16) 2005-4, p. 695-720.

40 David E. Sanger, 'Threats and responses: a plan for Iraq; Bush Says U.S. Won't Force Its Ways on a Beaten Iraq', *New York Times*, 12 oktober 2002.

41 Zie het voorheen vertrouwelijke 'Third Infantry Division (Mechanized) After Action Report', p. 289, beschikbaar op: www.globalsecurity.org/military/library/report/2003/3id-aar-jul03.pdf. Zie ook Benvenisti 2004, p. ix. Overeenkomstig deze strategie staat in *Basics of Iraqi Arabic*, een handleiding van het Foreign Service Institute voor Amerikanen in Irak, de volgende handige 'courtesy conversation'. Na wederzijdse begroetingen zegt de Amerikaan: 'We are here as liberators not as occupiers, and we must cooperate with each other,' waarop het antwoord van de Irakese gesprekspartner luidt: 'Thank you'. Zie: <http://onlinelearning.lingnet.org/BIA/data/other/courtesy.htm>.

stap de erkenning van het feit dat het om een bezetting gaat. In een brief van 8 mei 2003 aan de Veiligheidsraad (S/2003/538) verklaren de VS en het Verenigd Koninkrijk: 'The States participating in the Coalition will strictly abide by their obligations under international law, including those relating to the essential humanitarian needs of the people of Iraq.' En twee weken later, op 22 mei, roept de Veiligheidsraad in Resolutie 1483 de coalitie op 'to comply fully with their obligations under international law', waaronder met name de Haagse en Geneefse conventies. Ook noemt de Raad Amerika en het Verenigd Koninkrijk expliciet 'occupying powers'. Ondertussen is reeds op 16 mei de eerste 'Regulation' verschenen van het bezettingsbestuur, de Coalition Provisional Authority (CPA).⁴² In een poging de legitimiteit van dit bestuur stevig te funderen, suggereert Section 1 (2) hiervan dat het bestuur is ingesteld *op grond van* Resolutie 1483,⁴³ die echter pas een week later in definitieve vorm zou worden aangenomen:

'The CPA is vested with all executive, legislative and judicial authority necessary to achieve its objectives, to be exercised under relevant U.N. Security Council resolutions, including Resolution 1483 (2003), and the laws and usages of war.'

Wanneer het niemand meer kan ontgaan dat het wel degelijk om een bezetting in de zin van het volkenrecht gaat, verklaart het hoofd van de CPA, voormalig VS-ambassadeur in Nederland Lewis Paul ('Jerry') Bremer III, in een Amerikaanse krant: 'Occupation is an ugly word, not one Americans feel comfortable with, but it's a fact.'⁴⁴

De CPA grijpt zo diepgaand in het Irakese staatsbestel en rechtssysteem in, dat het voor iedereen duidelijk is dat de volkenrechtelijke norm van terughoudendheid op dat gebied met voeten wordt getreden

Vervolgens grijpt de CPA zo diepgaand in het Irakese staatsbestel en rechtssysteem in, dat het voor iedereen duidelijk is dat de volkenrechtelijke norm van terughoudendheid op dat gebied met voeten wordt getreden.⁴⁵ 'Ambassadeur' Bremer⁴⁶ begint zijn eerste dag als voorzitter van de CPA voortvarend met een grootscheepse 'de-ba'athificatie' van overheidsinstellingen (Orders 1 en 2). Op grond van deze maatregel konden Ba'ath-

leden in alle geledingen van overheidsdienst (uitgezonderd de laagste regionen) worden gezuiverd. In korte tijd werden honderdduizenden ambtenaren ontslagen, wat leidde tot 'severe economic and social dislocations',⁴⁷ maar dit was de tol die Amerika bereid was te betalen 'to wipe the country clean of the Baath Party's ideology'.⁴⁸ Ter rechtvaardiging werd, en wordt, vaak de vergelijking gemaakt met de denazificatie van Duitsland en een beroep gedaan op het debellatio-argument, dat echter, zoals hierboven uiteengezet, niet opgaat.⁴⁹ Verder werd de krijgsmacht ontbonden, gezuiverd en hervormd, werden mensenrechten ingevoerd, het strafrecht en de economie ingrijpend gewijzigd en ten slotte, maar niet op de laatste plaats, het staatsbestel gedemocratiseerd.

Het feit dat het 'conservationist principle' uit artikel 43 LOR en artikel 64 CG IV lijnrecht tegenover de hervormingsplannen en -praktijk van de coalitie staat, werpt de vraag op hoe deze zaken zich tot elkaar verhouden in Resolutie 1483 die zowel de toepasselijkheid van het bezettingsrecht benadrukt alsook de hervormingsagenda ondersteunt. In de volgende paragraaf behandel ik een aantal manieren om met deze tegenstrijdigheid om te gaan.

Welke rol spelen de verschillende relevante rechtsordes in een 'transformative occupation' en hoe verhouden ze zich ten opzichte van elkaar?

5 *Ius ad bellum derogat iuri in bello?*

Welke rol spelen de verschillende relevante rechtsordes – humanitair oorlogsrecht, mensenrechten, VN-recht en nationaal, in dit geval Irakees, recht – nu in een 'transformative occupation' en hoe verhouden ze zich ten opzichte van elkaar? Moet het rechtvaardigheidsgehalte van de militaire actie toch beslissen over de bevoegdheden van een bezetter ten aanzien van de staatsinstellingen van een bezet land? Alle betrokken rechtsordes hebben zo hun merites en nadelen. Het humanitair recht is het enige rechtsgebied dat specifiek voor de oorlogstoestand is gecreëerd, maar de wellicht verouderde eis van terughoudendheid ten aanzien van bezetters staat democratisering in de weg. De mensenrechten geven burgers veel meer rechten dan het

42 De Regulations, Orders en andere documenten zijn te vinden op de 'Cyber Cemetery': <http://govinfo.library.unt.edu/cpa-iraq/>. Op de oorspronkelijke website (o.a.: www.cpa-iraq.org) zijn niet alle pagina's meer op te roepen.

43 Zie over de onduidelijkheid omtrent de instelling van de CPA het rapport van de Congressional Research Service: L. Elaine Halchin, *The Coalition Provisional Authority (CPA): Origin, Characteristics, and Institutional Authorities*, 2006, p. 9-12: <http://digital.library.unt.edu/govdocs/crs/permalink/meta-crs-9933.1>.

44 'Adjusting to Iraq', *Washington Post* 1 juni 2003, p. B06. Zie Thomas D. Grant, 'How to reconcile conflicting obligations of occupation and reform', *American Society of International Law (ASIL) Insights*, juni 2003: www.asil.org/insigh107a1.cfm.

45 Zie voor een overzicht Fox 2005.

46 Bremer was na zijn Haagse jaren 'Ambassador-at-Large for Counterterrorism', een van de hoogste diplomatieke functies in de VS.

47 Jens Meierhenrich, 'The foundations of constitutionalism: an analysis of debaathification', *Constitutional Political Economy* (19) 2008-4, p. 293.

48 L. Paul Bremer III (with Malcolm McConnell), *My Year in Iraq, The Struggle to Build a Future of Hope*, New York: Simon & Schuster 2006, p. 45 resp. 39.

49 Bijvoorbeeld Bremer 2006, p. 37-39, 42; Fox 2005, p. 292-294.

humanitair recht, maar zijn niet geschreven voor oorlogsomstandigheden, en het is niet vanzelfsprekend dat ze gelden in bezette gebieden.⁵⁰ Resoluties van de Veiligheidsraad kunnen relatief snel reageren op specifieke noodsituaties, maar zijn meer dan de vorige twee sferen van internationaal recht compromissen tussen actuele politieke belangen en allianties (wat ook het tweeslachtige karakter van Resolutie 1483 verklaart). Ten slotte is een belangrijk kenmerk van het recht van het bezette land in kwestie dat het de maatschappij op een cultuurspecifieke manier structureert en bij de burgers gerechtvaardigde verwachtingen heeft gewekt.

Er zijn grofweg drie algemene strategieën om de verwarring rond de regelgevende bevoegdheid van een bezetter, en meer specifiek de bezetters van Irak, op te lossen, met andere woorden om de tegenstelling tussen de mondiale behoefte aan democratisering en het volkenrechtelijke verbod voor een bezetter op het wijzigen van het staatsbestel op te heffen. De eerste is het aanbrengen van een hiërarchie tussen de relevante rechtssferen. De tweede is een verzoenende, 'Dworkiniaanse' interpretatie van de drie genoemde soorten internationaal recht. En de derde is het wijzigen van het oorlogsrecht om het in overeenstemming te brengen met hedendaagse bezettingsvormen en internationale behoeften. Hier behandel ik alleen twee vormen van hiërarchie en laat de andere strategieën buiten beschouwing.

Eén vorm van hiërarchie bestaat al: besluiten van de Veiligheidsraad onder hoofdstuk VII van het VN-Handvest (met betrekking tot bedreiging en verbreking van de vrede en daden van agressie) zijn bindend en gaan vóór andere verdragsrechtelijke verplichtingen van staten (art. 25 en 103 VN-Handvest). Maar de alinea's van Resolutie 1483 waarin de gelding en toepasselijkheid van het bezettingsrecht wordt benadrukt en die waarin een mandaat voor de hervorming van Irak wordt gegeven, zijn geen dwingende besluiten: ze staan in de preambule of behelzen 'slechts' aansporingen, zodat niet duidelijk is waaraan het meeste gewicht toekomt. Binnen Resolutie 1483 wordt het bestaande bezettingsrecht dus nog niet ondubbelzinnig *overruled* door het hervormingsmandaat, noch geeft het de bezetters de bevoegdheid de beperkingen die het bezettingsrecht oplegt te buiten te gaan: de taak van democratisering was immers opgedragen aan de Special Representative of the Secretary General (van de VN), en niet aan de CPA.⁵¹ Er zal dus een

andere manier gevonden moeten worden om een hiërarchie tussen de betrokken rechtssferen vast te stellen.

Een mogelijkheid biedt wellicht de *just war theory* die na de Tweede Wereldoorlog evenals het overige natuurrecht een heropleving beleefde en nu weer actueel is. Theorieën over rechtvaardige oorlogen beogen vaak de muur tussen *ius ad bellum* en *ius in bello* te slechten door tegen de bedoeling van het bezettingsrecht in 'rechtvaardige' belligerenten andere rechten en plichten toe te kennen dan 'onrechtvaardige'. Misschien helpt een van de bekendste commentatoren van de Irak-oorlog en kenner van de theorie van de rechtvaardige oorlog ons verder: politiek filosoof Michael Walzer. Hij zegt weliswaar dat hij louter (politiek-)moreel argumenteert en kwesties van 'law and strategy' aan anderen overlaat,⁵² maar dat is slechts ten dele waar. Zowel het oorlogsrecht als Walzers morele theorie schrijven oorlogvoerenden gedragsregels voor. Ze bevinden zich dus op hetzelfde terrein en raken daardoor onvermijdelijk in elkaar verstrikt.

Een mogelijkheid biedt wellicht de just war theory die na de Tweede Wereldoorlog evenals het overige natuurrecht een heropleving beleefde en nu weer actueel is

Morele opvattingen spelen een rol bij het opstellen, interpreteren en toepassen van rechtsregels, en het zou raar zijn wanneer de morele beoordeling van gedrag in het geheel geen rekening zou houden met de rechtsregels waaraan de personen in kwestie gebonden zijn: vaak gaan morele theorieën juist expliciet over de kwaliteit en de relevantie van regelgeving. Met betrekking tot het oorlogsrecht geldt bovendien dat de inhoud van het internationale gewoonterecht en het *ius cogens* in hoge mate wordt bepaald door moreel en politiek gemotiveerde interpretaties: een invloedrijk filosoof die zich begeeft op het terrein van internationaal oorlogsrecht levert bijna per definitie een bijdrage aan de ontwikkeling ervan, en dient zich daarvan te vergewissen. Walzer spreekt zich uit over de verhouding tussen *ius ad bellum*, *ius in bello* en *ius post bellum*, die geen louter morele categorieën zijn. Om de relevantie van zijn opvattingen te kunnen beoordelen, moeten we die dus toepassen op de drie *juridische* categorieën van oorlogsrecht.

50 Roberts 2006, p. 599-601.

51 Resolution 1483, art. 8 & 9; zie Fox 2005, p. 261.

52 Michael Walzer, 'So, Is This a Just War?' (oorspr. maart 2003), in: idem, *Arguing about War*, New Haven: Yale University Press 2004, p. 160.

Met de meeste juristen is Walzer het eens dat een oorlog, of die nu rechtvaardig is of niet, gevoerd moet worden volgens de voorschriften van het *ius in bello*. Ook vindt hij dat de onrechtvaardige belligerent, zoals Amerika in Irak, zich *als bezetter* moet inzetten voor het *ius post bellum*, waarmee hij de democratische en economische wederopbouw van het verslagen land aanduidt.⁵³ Dus mensenrechten gaan boven humanitair oorlogsrecht? Helaas, hier wreekt zich het feit dat Walzer zich niet met juridische categorieën bezig wenst te houden: de staat van oorlog, bestreken door het *ius in bello*, houdt meestal niet op na het beëindigen van de gevechtshandelingen of de officiële capitulatie, zoals Walzer blijkbaar veronderstelt. Dan begint namelijk de bezetting, die pas afgelopen is nadat er een vredesverdrag of een andere overeenkomst is gesloten, waarin wordt vastgelegd hoe en door wie het bezette gebied voortaan bestuurd zal worden. Wederopbouw en democratisering kunnen feitelijk daarvoor al beginnen, zoals dat ook gebeurd is in Irak onder de CPA. Waar Walzer spreekt over *ius post bellum* gaat het in feite vaak over zaken die juridisch onder *ius in bello* vallen en waar hij het heeft over 'military occupation' bedoelt hij de periode van wederopbouw die doorloopt tot na de beëindiging van de militaire bezetting in juridische zin. Alleen als de grote ingrepen in het Iraakse staatsbestel allemaal pas na afloop van oorlog en bezetting in juridische zin plaats gevonden zouden hebben (zoals in Afghanistan), dan was die juridisch minder problematisch dan nu feitelijk het geval is. Hoewel Walzer zich dus op het terrein van het internationale recht begeeft, en zijn opvattingen door velen worden gezien als opvattingen over het internationale recht, en niet als louter moreel-intellectuele *Spielerei*, wordt de juridische onduidelijkheid met Walzers opvattingen niet opgelost.

Ten slotte is er nog een niet onbelangrijke factor die een rol speelt naast de (voor het gemak even aangenomen) wenselijkheid van democratisering van staten met een onderdrukkend regime: de kans op succes van de transitie. Het is immers niet gezegd dat met een keurige juridische sanctionering de democratisering ook daadwerkelijk van de grond komt en blijvend is. Hoewel democratie sinds de Tweede Wereldoorlog steeds algemener geaccepteerd wordt, is er ten aanzien van de gewelddadige invoering ervan op grond van ervaringen uit het verleden weinig reden tot optimisme.⁵⁴ In Duitsland en Japan is de transitie succesvol en blijvend gebleken, maar dat ging wel gepaard met een vergaande vernieti-

ging van het land en een diepgaande demoralisering van de bevolking. Dat is ten aanzien van Irak in veel mindere mate het geval. Het lijkt er nu op dat er in Irak weliswaar formeel democratie en mensenrechten zijn gebracht, maar dat de openbare orde en het openbare leven vanwege het aanhoudende verzet nog lang niet overal zijn verzekerd.⁵⁵

Hoewel democratie sinds de Tweede Wereldoorlog steeds algemener geaccepteerd wordt, is er ten aanzien van de gewelddadige invoering ervan op grond van ervaringen uit het verleden weinig reden tot optimisme

Alles wijst er vooralsnog op dat op de huidige pragmatische weg zal worden voortgegaan. Er zal geen stelsel van algemene regels komen dat de bevoegdheden regelt van bezetters (staten en internationale organisaties) die de taak op zich nemen om een ondemocratisch geregeerd gebied te democratiseren. Er zal dus geen gedetailleerd *juridisch* onderscheid gemaakt worden tussen 'kwaadaardige' en 'goedaardige' bezettingen. Dat betekent dat de VN en andere organisaties evenals staten naar bevind van zaken zullen handelen en daarvoor zoveel mogelijk de steun van de Veiligheidsraad zullen trachten te verkrijgen. Voor dat doel zal de retoriek van de rechtvaardige oorlog ingezet blijven worden. Die retoriek zal beogen 'rechtvaardige' oorlogvoerenden meer rechten toe te kennen en 'onrechtvaardige' belligerenten uit te sluiten van bepaalde bevoegdheden en van verschillende vormen van bescherming door het internationale, met name humanitaire, recht. Zo zet de tendens zich door om onderscheid te maken tussen 'rechtvaardige' staten die alle voordelen van het internationale recht genieten en onrechtvaardige staten (*failed states, rogue states, evil empires*) die blootstaan aan 'democratiserend' ingrijpen. Deze tendens is geen nieuw verschijnsel, wat blijkt uit een waarschuwing van Thomas Baty uit 1927:

'(...) the question of whether it is possible that states may exist whose principles and conduct put them outside the pale of International Law, so that their subjects may forcibly be placed in the ranks of their enemies. The recognition of such a possibility is obviously very dangerous, and perhaps it may be preferable to keep it in the background as a possibility not to be mentioned lest its discussion should give encouragement to its misuse. It is fatally easy for one State to say that another has put itself outside the pale of International Law, when all that it means is that it much dislikes its methods.'⁵⁶

53 Walzer 2004; Michael Walzer, 'Just and Unjust Occupations' (oorspr. november 2003), in: idem, *Arguing about War*, p. 163.

54 Nehal Bhuta, 'Against State-Building', *Constellations* (15) 2008-4; Roberts 2006, p. 580-581.

55 Nehal Bhuta, 'The Antinomies of Transformative Occupation', in: *European Journal of International Law* (16) 2005-4, p. 637-638.

56 Thomas Baty, 'The Relations of Invaders to Insurgents', *Yale Law Journal* (36) 1927-7, p. 983.

6 *Transitional justice*: bezetting als uitzonderingstoestand

Het recht lijkt weinig greep te krijgen op de uitzonderlijke situatie van militaire bezetting⁵⁷ die ook nog eens de politieke transformatie van de bezette staat als doel heeft. Dat zou wel eens juist door die uitzonderlijkheid kunnen komen. Recht, en zeker staatsrecht, wordt bijna per definitie gemaakt voor *normale* omstandigheden, dat wil zeggen, omstandigheden die in het algemeen beantwoorden aan de betreffende *normen*, de rechtsregels, die ervoor gemaakt zijn: een maatschappij met een *geregeld* of *regelmatig* karakter.⁵⁸ Het is de vraag in hoeverre een uitzonderingstoestand juridisch geregeld kan worden. Sinds het bestaan van internationale rechtsregels voor de bezettingstoestand worden deze massaal geschonden. Hierboven bleek bovendien dat artikel 43 LOR, nog steeds de fundamentele norm van bezettingsrecht, dermate open is dat een bezetter bijna alle gewenste maatregelen er door middel van interpretatie onder kan brengen.

Sinds het bestaan van internationale rechtsregels voor de bezettingstoestand, worden deze massaal geschonden

Carl Schmitt meende dat een uitzonderingstoestand per definitie niet geregeld kon worden: die is immers een uitzondering op de (rechts) regel. Toegepast op transformatieve bezettingen: van te voren zijn nooit alle soorten (democratiserende) bezettingen op te sommen, omdat het onverwachte en onvoorspelbare hier deel uitmaken van het uitzonderlijke karakter: het is 'onbeschrijfbaar recht'.⁵⁹ In de nationale context is degene die de bevoegdheid heeft om de uitzonderings- of noodtoestand af te kondigen, en vervolgens in die noodsituatie speciale, niet democratisch gecontroleerde bevoegdheden uit te oefenen, volgens Schmitt de ware soeverein.⁶⁰ Die bevoegdheid kan geschreven of ongeschreven zijn.⁶¹ De bevoegdheden van een bezetter blijken nauw verwant te zijn aan die van de soeverein in de uitzonderingstoestand, zoals Schmitt zelf al opmerkte.⁶² De ambiguïteit van een transformatieve bezetting, een ondemocratisch regime dat democratie wil opleggen, alsmede het precaire karakter ervan, het kan ook mislukken, en het overgangskarakter komen tot uitdrukking in de typering van de uitzonderingstoestand door Giorgio Agamben als een 'threshold of indeterminacy

between democracy and absolutism'. Evenzo balanceert de uitzonderingstoestand van de *transformative occupation* op het randje van rechtmatigheid: 'it defines law's threshold or limit concept'.⁶³

In de nationale context is degene die de bevoegdheid heeft om de uitzonderings- of noodtoestand af te kondigen, en vervolgens in die noodsituatie speciale, niet democratisch gecontroleerde bevoegdheden uit te oefenen, volgens Schmitt de ware soeverein

De bezetter van Irak is niet alleen gerechtigd tot ondemocratische machtsuitoefening, maar ook nog eens in staat om met een – zij het twijfelachtig – mandaat van de Veiligheidsraad de grenzen van die uitzonderlijke bevoegdheden op te rekken en te buiten te gaan in een poging om de democratie naar deze voormalige bakermat der beschaving te exporteren.⁶⁴ Dat levert nog een mogelijk geval van uitzonderingstoestand op: een mondiale, met de Veiligheidsraad als Schmittiaanse 'soeverein'. De Veiligheidsraad heeft namelijk de bevoegdheid te bepalen of er sprake is van 'bedreiging of verbreking van de vrede of daden van agressie' en te beslissen dat er geweld gebruikt mag worden om dat te beëindigen (art. 39, 41, 42 VN-Handvest), waarmee verdragsrecht, dus ook het LOR en CG IV (voor zover dat geen *ius cogens* bevat, maar dat lijkt voor het beginsel van terughoudendheid niet te gelden) opzijgezet kan worden.

Feitelijk lijkt een groot deel van de soevereine wereldmacht toe te vallen aan de VS

Feitelijk lijkt een groot deel van deze soevereine wereldmacht toe te vallen aan de VS, die in de bezetting van Irak drie rollen vervult: de VS zijn zowel de enige militaire supermacht (hegemoon), als permanent lid van de Veiligheidsraad alsook de bezetter in kwestie. Daarmee hebben de VS alle troeven in handen om de gewenste bevoegdheden voor zichzelf ad hoc te creëren en het internationale recht te omzeilen. Of zoals George W. Bush het uitdrukte: 'This is not a question of authority, this is a question of will'.⁶⁵

⁵⁷ Dinstein noemt militaire bezetting 'unique' en 'extraordinary', Dinstein 2009, p. 286, (nr. 690).

⁵⁸ Aristoteles, *Ethica Nicomachea* 1137b.

⁵⁹ E.T. Brainich von Brainich Felth, *Staatsnoodrecht* (dissertatie Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 73.

⁶⁰ Carl Schmitt, *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre van der Souveränität*, Berlin: Duncker & Humblot 2004 (oorspronkelijk 1934), p. 13-14. Teitel verwijst voor haar opvatting van de 'hyperpolitiserende' van het recht in een transitie naar Schmitt. Ruti Teitel, *Transitional Justice*, Oxford: Oxford University Press 2000, p. 281 noot 15, p. 283 noot 45.

⁶¹ De geldigheid van de 'wetsbesluiten' die in Londen werden genomen door de Nederlandse regering in ballingschap werd gebaseerd op ongeschreven 'staatsnoodrecht'. Brainich von Brainich Felth 1993, p. 73, 75.

⁶² Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Köln: Greven Verlag 1950, p. 180.

⁶³ Giorgio Agamben, *State of Exception*, Chicago: University of Chicago Press 2005, p. 3, 4.

⁶⁴ Zie Stirk 2004, p. 532-535 en cf. Nehal Bhuta, 'A Global State of Exception? The United States and World Order', in: *Constellations* (10) 2003-3, p. 371-391.

⁶⁵ Televisietoetspraak aan het Amerikaanse volk op 17 maart 2003: http://en.wikisource.org/wiki/Saddam_has_48_Hours_to_Leave_Iraq. Bush bedoelde het overigens anders dan ik hier suggereer. Hij bedoelde hiermee uitdrukking te geven aan zijn opvatting dat er geen twijfel meer kon bestaan over de bevoegdheid om tot militair ingrijpen over te gaan.